

Où en est le temps de travail ?

par *Manuela GRÉVY*, Maître de conférences à l'Université de Paris I
Panthéon-Sorbonne, Institut des Sciences sociales du Travail

PLAN

- I. Temps de travail et autonomie collective
 - A. Le nouvel ordonnancement des normes
 - B. La réforme du droit de la négociation collective d'entreprise
- II. Temps de travail et autonomie individuelle
 - A. L'autonomie, critère de qualification des temps
 - B. L'autonomie au soutien de l'individualisation du temps de travail : le forfait
 - C. L'autonomie de la renonciation par le salarié aux protections collectives

Dans sa double dimension, chronométrique et chronologique, le temps de travail détermine le temps d'assujettissement du travailleur ; en ce sens, il est la mesure de la mise à disposition de ce dernier. Le temps de travail détermine également la durée et les rythmes de cette mise à disposition de la force de travail. Enfin, il détermine de manière directe ou indirecte la rémunération, dans une articulation qui peut se révéler problématique (1). Au-delà de la technicité parfois aveuglante des règles applicables en la matière, la notion même de temps de travail entretient des relations étroites avec plusieurs dimensions essentielles du droit du travail (2). On songe à la constitution d'une collectivité de travailleurs, collectivité mise à mal par le passage d'un temps unique à des temps éclatés. Sont évidemment aussi en jeu les conditions de travail et la protection de la santé, notamment au regard de la question de la répartition entre les temps de travail et les temps de repos mais aussi, de manière plus prégnante ces dernières années, au regard des rythmes et de l'intensité des temps de travail (3). On sait en effet que le temps de travail est une manifestation de l'accroissement des contraintes pesant sur les salariés, caractérisé par l'intensification des tâches et la dégradation des conditions de travail, patente dans de nombreux secteurs d'activité. C'est encore avec la protection de la vie privée et familiale que le temps de travail entretient des liens étroits. Cette protection est particulièrement en jeu quand on s'interroge sur les distorsions entre le temps rémunéré et le temps contraint de la mise à disposition du travailleur – le temps de « disponibilité » –, également sur la prévisibilité des périodes de travail de certains salariés à temps partiel, en contrat à durée indéterminée intermittent ou encore en modulation...

De sorte que le temps de travail se trouve au cœur d'évolutions contemporaines du droit du travail, évolutions qui ont trait au droit de la négociation collective – la place de la négociation comme source de règle et la teneur des règles conventionnelles –, également aux conditions d'usage de la main-d'œuvre – le temps de travail étant, aux côtés des formes juridiques d'emploi, un instrument de flexibilisation –, ou encore à l'affirmation des droits de la personne – ceux-ci se voyant parfois, comme dans d'autres domaines, mobilisés sur la scène judiciaire pour faire obstacle aux trop grandes embardées législatives ou conventionnelles. Dans une perspective plus générale, les évolutions en matière de temps de travail semblent irriguer ensuite d'autres domaines. Ainsi de l'ordonnancement des sources – la dérogation depuis 1982, la supplétabilité aujourd'hui – et de l'instrumentalisation des règles. Également du rythme et du processus de production législative – loi « négociée », dispositions « expérimentales », dispositions « transitoires » – ou encore de la complexité technique des règles...

(1) Comme en ont témoigné les débats législatifs et doctrinaux ainsi que les contentieux sur l'impact de la RTT sur la rémunération ; v. par exemple récemment TGI Bordeaux, 26 juin 2007, RDT 9/2007 p. 533 et CA Bordeaux, 11 déc. 2007, RDT 3/2008 p. 184, notes F. Canut.

(2) V. M. Miné, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004.

(3) V. M.-A. Moreau, Temps de travail et charge de travail, Dr. social 2000, p. 263.

Or, l'évolution du droit ces dernières années est, en matière de temps de travail, particulièrement saccadée, selon l'image du « stroboscope législatif » (4). Les réformes n'ont cessé de s'accumuler, le paroxysme ayant été atteint entre mai 2004 et août 2005, période durant laquelle on a dénombré en la matière de nombreuses lois et leur cortège de décrets. Le mouvement, qui semblait s'affaiblir, a été relancé. Après une loi du 21 août 2007 ont suivi les lois du 16 avril puis du 20 août 2008 (5)... Sous couvert d'un hymne à la simplification du droit (6), dans l'air du temps, c'est une réforme d'ampleur du régime juridique du temps de travail inspirée des thèses néolibérales sur la déréglementation des relations de travail qui est désormais à l'œuvre (7). Cette évolution s'inscrit en outre dans le processus de recodification du Code du travail qui, en la matière, a particulièrement illustré une vision instrumentale des règles, à l'aune de leur prétendue efficacité et présidée par des choix discutables en brouillant les frontières entre principe et dérogation, entre règle et exception (8).

Inscrite dans une réflexion sur le collectif et l'individuel dans les relations de travail, la question du temps de travail livre des enseignements contrastés. Exception faite de l'omniprésence du législateur sur le terrain de la qualification des temps, dans un « dialogue » souvent conflictuel avec les juges nationaux et communautaires (9), la conception selon laquelle les exigences de protection des salariés quant à leurs conditions de travail, et donc notamment quant au temps de travail, qui impliquaient que la loi et les normes conventionnelles de niveau supérieur dessinant un cadre collectif aient une place privilégiée, a été progressivement abandonnée. L'autonomie collective – la négociation collective – se voit plus que jamais promue mais dans une perspective singulière : celle d'une individualisation des cadres de détermination des règles sur le temps de travail. Tandis que l'autonomie individuelle – envisagée comme la faculté de l'employeur et du salarié d'écarter le cadre collectif – s'enracine dans le droit du temps de travail. C'est donc davantage la question de l'autonomie que celle de l'individualisation qui paraît structurer désormais le droit du temps de travail, l'autonomie collective et l'autonomie individuelle étant les vecteurs par lesquels est encouragée une individualisation de la relation de travail.

I. Temps de travail et autonomie collective

Règles de la négociation collective et règles du temps de travail forment un couple dont les liens sont anciens (10). Entre eux, un mouvement d'influence réciproque est perceptible de manière récurrente depuis plus de vingt ans, mouvement que la loi du 20 août 2008 a, une nouvelle fois et plus que jamais, illustré. Plus encore, comme l'a souligné Marie-Armelle Souriac, on observe une « *instrumentalisation* » (11) des règles de la négociation collective au service d'une négociation sur le temps de travail affranchie de toute « contrainte » de la loi et de la branche. Tandis que l'ordonnement des normes en la matière s'en trouve bouleversé, il n'est pas certain que la réforme du droit de la négociation

collective soit de nature à corriger les risques d'embarquées de cette autonomie renforcée.

A. Le nouvel ordonnancement des normes

La « *négociation aux prérogatives étendues* » proclamée par le législateur (12) est surtout, aux yeux de ce dernier, une négociation décentralisée à l'extrême et de moins en moins encadrée par des dispositions de niveau supérieur – conventions ou accords de branche et loi (13). Plus précisément une subsidiarité généralisée de l'autonomie collective par rapport à la loi se voit affirmée, dans une logique non plus de dérogation mais de

(4) E. Dockès, Dr. social 2005 p. 835.

(5) Pour une présentation d'ensemble : C. Ahumada et L. Milet, Le temps de travail après la loi du 20 août 2008, RPDS oct. 2008, n° 762, pp. 311 et s.

(6) Cf exposé des motifs de la loi du 20 août 2008 ; v. aussi F. Favennec-Héry, Réforme du temps de travail, JCP, Ed. soc., 2008, doctrine 1461 ; J. Barthélémy, La révolution annoncée n'aura pas lieu, Sem. Sociale Lamy n° 1360, 30 juin 2008, p.5 ; J. Barthélémy, Etendre le rôle de la négociation d'entreprise en matière de durée du travail ?, RDT 7-8/2008 p. 426.

(7) V. M. Véricel, La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ?, RDT 10/2008, p. 574.

(8) Cf. A. Fabre et M. Grévy, Réflexions sur la recodification du droit du travail, RDT 12/2006, p. 362, sp. pp. 365-366.

(9) V. J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts de droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} édition, pp. 295 et s.

(10) M.-A. Souriac, Les réformes de la négociation collective, RDT 1/2009, p.14, sp. p. 15.

(11) Art. préc., p. 15.

(12) Aux termes de l'exposé des motifs de la loi 20 août 2008.

(13) L'article 17 de la position commune envisageait, à titre expérimental et sous condition, que des accords collectifs d'entreprise puissent déroger au contingent conventionnel d'heures supplémentaires fixé par les conventions et accords de branche signés avant la loi du 4 mai 2004. Mais la loi du 20 août 2008 donne un espace beaucoup plus grand à la négociation d'entreprise.

supplétivité. Le bouleversement est d'autant plus significatif que la loi du 20 août 2008 donne désormais la primauté à la négociation au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, au détriment du rôle de la branche. La supplétivité de la convention ou de l'accord de branche, inscrite dans son principe par la loi du 4 mai 2004, a été radicalisée (14), cette convention ou accord devenant applicable seulement si un accord d'entreprise ne s'y est pas substitué (15). Dans le domaine du temps de travail désormais, l'accord d'entreprise prime sans que la branche ne puisse s'y opposer, consacrant ainsi « l'éviction sans nuances de la règle de faveur et même de toute idée de complémentarité entre la branche et l'entreprise » (16). L'affaiblissement de la branche est renforcé par l'abandon de l'exigence d'extension de ces conventions et accords. C'est donc un double glissement dans l'ordonnement des normes qui est opéré, dans les rapports entre la loi et la négociation comme au sein même de l'ordre négocié (17). Ce mouvement concerne plusieurs domaines essentiels, comme ceux des heures supplémentaires, des conventions de forfait et des modalités d'aménagement du temps de travail.

1. Les heures supplémentaires

La loi du 20 août 2008 n'a pas abrogé la référence légale à la durée du travail fixée à 35 heures par semaine (art. L. 3121-10 C. trav.). Elle a en revanche modifié les règles relatives aux heures supplémentaires que l'employeur peut imposer aux salariés dans le cadre de son pouvoir de direction. La question de l'encadrement de ce pouvoir est donc particulièrement importante dans un contexte où le recours aux heures supplémentaires apparaît en forte progression (18). Or qu'il s'agisse du contingent ou des contreparties, la loi du 20 août 2008 consacre la quasi toute puissance de l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement.

- La détermination du contingent

Jusqu'alors, le contingent d'heures supplémentaires était en principe déterminé par décret, une convention de branche étendue ou un accord d'entreprise ou

d'établissement pouvant cependant fixer un volume différent. Désormais, la règle de principe est la détermination du contingent par accord collectif d'entreprise ou d'établissement. Ce n'est « *qu'à défaut* », précise le texte, que le contingent pourra être déterminé par convention ou accord de branche, étendu ou non (art. L. 3121-11 al. 1 C. trav.) ; et par décret pour les seules entreprises non assujetties à un accord (art. L. 3121-11 al. 3 C. trav.) (19).

Afin de promouvoir ces accords collectifs d'entreprise, le législateur avait prévu la suppression, dans un délai de dix-huit mois, des clauses conventionnelles en vigueur. Conformément à sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel n'a pu que censurer une telle atteinte aux conventions en cours non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant (20). Mais en précisant que d'ores et déjà, un accord d'entreprise peut substituer des dispositions à celles de la branche (21). Or, comme le soutient Marie-Armelle Souriac, « *cette interprétation se heurte à une impossibilité logique absolue* » (22). En effet, comment substituer immédiatement un accord d'entreprise à des dispositions conventionnelles de branche, dont l'impérativité a été maintenue soit par les dispositions transitoires de la loi du 4 mai 2004, soit par des clauses de verrouillage, sans conférer à ces conventions de branche des effets autres que ceux voulus par leurs signataires ?

- Le dépassement du contingent

Au-delà du contingent, des heures supplémentaires pourront être accomplies par les salariés dans les conditions prévues par le même accord d'entreprise ou d'établissement, à défaut de branche, ayant fixé le contingent (23). La loi du 20 août 2008 a abrogé l'obligation de solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail et donc, par voie de conséquence, la faculté pour celui-ci de refuser un dépassement du contingent en vue de favoriser l'embauche de salariés (ex art. L. 3121-19 C. trav.).

(14) M.-A. Souriac, art. préc., RDT 1/2009, p. 16.

(15) Cf. également la circulaire DGT n° 20 du 13 nov. 2008 qui confirme cette lecture radicale de la supplétivité de la convention ou de l'accord de branche

(16) M.-A. Souriac, art. préc., RDT 1/2009, p. 17.

(17) M.-A. Souriac, art. préc., RDT 1/2009, pp. 15 et s.

(18) Selon une enquête sur l'activité et les conditions d'emploi, le nombre d'heures supplémentaires moyen par salarié à temps plein est sur la période étudiée de 9,1 heures, soit une progression de 34,5 % sur un an. C'est dans les entreprises ayant une durée collective supérieure à 35 h que ce nombre a le plus augmenté. Le nombre moyen d'heures supplémentaires, qui était de 17,8 au 2^{ème} trimestre 2007, est passé à 25,6 au 2^{ème} trimestre 2008, soit une progression de 43,4 % sur un an (DARES, « Les heures supplémentaires au 2^{ème} trimestre 2008 », Premières informations, oct. 2008, n° 40 - 4).

(19) Selon le décret n° 2008-1132 du 4 nov. 2008, le contingent est fixé à 220 heures (art. D3121-14-1 C. trav.).

(20) Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008.

(21) Cf également en ce sens circulaire préc.

(22) Art. préc., RDT 1/2009, p. 17.

(23) En l'absence d'accord collectif, les termes de l'article L. 3121-11 C. trav. ne semblent pas exclure la faculté pour l'employeur d'imposer aux salariés d'effectuer des heures supplémentaires au-delà du contingent réglementaire. Les seules garanties sont l'obligation d'informer (sur les heures supplémentaires dans le contingent) ou de solliciter l'avis (sur les heures supplémentaires au-delà du contingent) du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel (art. L. 3121-11-1 C. trav.) et l'obligation de consulter une fois par an le comité d'entreprise sur « *les modalités de son utilisation (du contingent) et de son éventuel dépassement* » (art. L. 3121-11 al. 4 C. trav.).

- Les contreparties

Ce sont les mêmes accords collectifs d'entreprise ou d'établissement, à défaut de branche, qui peuvent prévoir le remplacement du paiement des heures supplémentaires effectuées dans le contingent par l'octroi d'un repos (art. L. 3121-24 C. trav.) (24). Mais c'est surtout la question des repos compensateurs obligatoires qui a illustré une nouvelle fois la volonté du législateur de laisser la plus grande latitude à la négociation collective, au point d'encourir les foudres du Conseil constitutionnel (25). Alors que les anciennes dispositions légales imposaient l'obligation d'accorder en contrepartie des heures supplémentaires un repos égal à un certain pourcentage du temps de travail effectué, déterminé en fonction du nombre heures supplémentaires et de la taille de l'entreprise (ex art. L. 3121-26 et ss. C. trav.), le législateur a abrogé ce repos compensateur obligatoire pour les heures effectuées dans le contingent annuel, renvoyant le soin à la négociation collective de prévoir, sans obligation, l'octroi de tels repos (art. L. 3121-11 al. 2 C. trav.) (26). Pour les heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent, le législateur a substitué au repos compensateur obligatoire une « *contrepartie obligatoire en repos* » dont les caractéristiques et les conditions devaient être déterminées par accord collectif. Mais le Conseil constitutionnel a reproché au législateur d'avoir, en s'abstenant de déterminer la durée minimale d'un tel repos, méconnu l'article 34 de la Constitution aux termes duquel « *la loi détermine les principes fondamentaux* ». Il en résulte que les durées légales minimales antérieures de repos restent en vigueur. Si le Conseil constitutionnel a ainsi freiné la tentation du législateur d'organiser son propre recul, il reste que le degré d'exigence du Conseil quant à l'encadrement législatif est incertain (27).

2. Les forfaits

C'est la loi Aubry du 19 janvier 2000 qui avait doté les conventions de forfait (28) de leur premier régime juridique légal. Si les forfaits sur une base hebdomadaire ou mensuelle relèvent de la liberté contractuelle (29), la conclusion de conventions sur une base annuelle, en

heures ou en jours, doit être prévue par « *un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche* ». Cet accord collectif « *détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions* » (art. L. 3121-39 C. trav.). La primauté de l'accord d'entreprise ou d'établissement est donc ici à nouveau pleinement affirmée, tandis que la loi du 20 août 2008 organise également le recul des exigences légales encadrant la validité de ces accords (30).

3. L'aménagement du temps de travail

En matière d'aménagement du temps de travail également, la priorité est donnée à la négociation d'entreprise ou d'établissement, la négociation de branche se voyant confinée dans un rôle secondaire. Un mécanisme unique d'aménagement du temps de travail se substitue désormais aux différents dispositifs antérieurs. Dans ce cadre, le législateur a laissé aux négociateurs le soin de définir les modalités d'aménagement du temps de travail et d'organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et dans la limite d'une année (art. L. 3122-2 C. trav.). Et ce n'est qu'à défaut d'accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut de branche, qu'un décret détermine les modalités et l'organisation de la durée du travail sur plus d'une semaine (art. L. 3122-2 dernier alinéa C. trav.). Dans ce souci de promotion d'une autonomie collective délivrée de « toute contrainte », le législateur a mis fin à l'obligation des parties à l'accord collectif de justifier des données économiques et sociales qui président à l'annualisation du temps de travail (ex art. L. 3122-9 C. trav.). Plus généralement, cette délégation à la négociation d'entreprise de la détermination des règles d'aménagement du temps de travail s'accompagne d'un rétrécissement de l'encadrement législatif de ces normes négociées, y compris pour les salariés les plus exposés

(24) V. aussi art. L. 3121-24 al. 2 C. trav. : « *Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical non assujetties à l'obligation annuelle de négocier prévue à l'article L. 2242-1 C. trav., ce remplacement peut être mis en place par l'employeur à condition que le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, s'ils existent, ne s'y opposent pas* ». Cette disposition apparaît particulièrement dangereuse quand on sait par ailleurs que « *les heures supplémentaires donnant lieu à un repos compensateur équivalent ne s'imputent pas sur le contingent annuel d'heures supplémentaires* » (art. L. 3121 - 25 C. trav.).

(25) Décision préc. n° 2008-568 DC du 7 août 2008.

(26) Ou, à défaut, art. D3121-9 à 3121-11 issus du décret n° 2008-1132 du 4 novembre 2008.

(27) En ce sens, M.-A. Souriac, art. préc., RDT 1/2009, pp. 15-16.

(28) Conclue entre l'employeur et le salarié, la convention peut établir soit un forfait en heures sur la semaine, le mois ou l'année, soit un forfait en jours sur l'année. Dans ce cadre, le salarié perçoit une rémunération forfaitaire correspondant à la totalité des heures travaillées, y compris les heures supplémentaires ; sur la rémunération, cf. M. Véricel, art. préc., RDT 10/2008, p. 574.

(29) Cf. *infra*.

(30) Notamment par l'abandon de l'obligation de déterminer les conditions de contrôle de l'application du forfait, les modalités de suivi de l'organisation du travail, de l'amplitude de la journée et de la charge de travail en résultant (ancien art. L. 3121-45 C. trav.) au profit d'une simple consultation du CE (art. L. 2323-29 C. trav.) et d'un entretien individuel annuel (art. L. 3121-46 C. trav.).

aux aléas et contraintes des rythmes de travail, les salariés à temps partiel (31).

Ce mouvement, qui tend à soustraire toujours davantage l'autonomie collective à un encadrement législatif, est ambivalent. Signe d'une « confiance » accordée aux négociateurs, il est porteur de risques d'émiettement et d'affaiblissement des garanties accordées aux salariés en contrepartie de la flexibilité des durées et rythmes de travail. La primauté donnée à l'autonomie collective et, dans ce cadre, au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, exige alors d'évoquer l'apport du premier volet législatif – sur la démocratie sociale – de la loi du 20 août 2008.

B. La réforme du droit de la négociation collective d'entreprise

Le droit de la négociation collective, tel qu'il a été redessiné par la loi du 20 août 2008, dans le sillage de la position commune, est-il de nature à apporter des garde-fous ?

Les nouvelles règles de représentativité (32) exigées pour la conclusion des conventions et accords collectifs, et la modification des règles relatives à l'exercice du droit d'opposition, renforcent les conditions dans lesquelles de tels accords collectifs seront demain conclus (33). Ces règles pourraient être de nature à permettre de dégager un consensus autour de l'accord collectif et de corriger les déséquilibres de la négociation (34). Mais dans un contexte où la primauté est donnée à la négociation d'entreprise ou d'établissement, le rôle désormais conféré à l'audience recueillie par les organisations

syndicales pour mesurer la représentativité et déterminer leur capacité à conclure des accords pourrait favoriser non seulement un émiettement du tissu conventionnel mais aussi une négociation centrée sur les intérêts immédiats de la collectivité de salariés concernée au détriment de solidarités plus larges. En outre, les nouvelles règles sur « la démocratie sociale » sont porteuses d'un risque de fragilisation encore accentuée du droit syndical dans l'entreprise (35) – alors même que celui-ci est le soutien d'une négociation qui soit le fruit d'une réelle confrontation dans un rapport de force équilibré. Cependant, c'est surtout la négociation en l'absence de représentant syndical dans l'entreprise qui suscite, particulièrement en matière de temps de travail, les plus grandes réserves. La faculté de conclure des conventions et accords au niveau de l'entreprise avec des salariés élus ou mandatés (36) apparaît, dans un tel contexte législatif, particulièrement dangereuse. Or la loi du 20 août 2008 a renforcé cette faculté en supprimant, à partir du 31 décembre 2009, l'exigence préalable d'un accord de branche étendu, tout en ayant affaibli le rôle de la commission paritaire de validation des textes négociés avec les élus (37). En même temps, les exigences, au demeurant minimalistes (38), encadrant l'élaboration de ces accords collectifs – l'indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur, l'élaboration conjointe du projet par les négociateurs, la concertation avec les salariés et la faculté de prendre l'attache des organisations syndicales (39) – soulignent, en contrepoint, la faible authenticité d'une telle négociation.

II. Temps de travail et autonomie individuelle

Le législateur n'a pas, du moins pas encore, abandonné la détermination d'une durée légale du travail, repère collectif, référence pour la détermination des conditions d'application de nombreuses règles légales ou conventionnelles (40). Mais amplifiant un

mouvement amorcé dès les années 1980, il consacre, désormais de manière parfaitement explicite, l'abandon d'un ordre public de protection en matière de temps de travail. Et, alors que le temps de travail a longtemps été dominé par une dimension collective – durée du travail,

(31) L'ancien art. L3123-25 C. trav. qui encadrait l'annualisation du travail à temps partiel a été abrogé au profit de la seule exigence de précisions sur « les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail » (art. L3122-2 al.5 C. trav.). Ainsi que le relève F. Favennec-Héry, « même en ce domaine, l'annualisation devient banale alors qu'elle présente pour ce type de salariés des spécificités », art. préc. JCP éd. Soc. 2008, doctrine 1461, sp. n° 23.

(32) Cf. G. Borenfreund, Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats, le défi de l'audience électorale, RDT 6/2008, p.360 ; Le nouveau régime de la représentativité syndicale, RDT 12/2008 p. 712 ; S. Michel, Présentation succincte des critères de représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008, Dr. ouvrier 2008, p. 604 ; Franck Petit, Représentation syndicale et représentation élue des personnels

de l'entreprise depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, Dr. Ouv. 2009 p. 22.

(33) V. M.-A. Souriac, art. préc., RDT 1/2009, pp.19 et s.

(34) En ce sens, M.-A. Souriac, art. préc., RDT 1/2009, pp.20-21.

(35) Cf. M. Grévy, E. Peskine, S. Nadal, Regards sur la position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise, RDT 7-8/2008 p. 431.

(36) Cf. M. Grévy, E. Peskine, S. Nadal, art. préc., RDT 7-8/2008 p. 431.

(37) Art. L2232-22 C. trav.

(38) Voir « préceptes d'évidence », M.-A. Souriac, art. préc., RDT 1/2009, p. 23.

(39) Art. L2232-27-1 alinéa 1 C. trav.

(40) Cf. F. Favennec-Héry et M. Miné, Faut-il abroger la durée légale du travail ?, RDT 5/2008, p. 282.

horaire collectif de travail, aménagement des rythmes collectifs sur la semaine, le cycle, l'année –, l'espace ouvert à l'autonomie individuelle s'est progressivement déployé tant au regard de la teneur des règles qu'à celui des sources.

A. L'autonomie, critère de qualification des temps

L'autonomie du salarié constitue un critère de qualification des temps – de définition – qui en détermine alors le régime juridique. Depuis la loi du 13 juin 1998, le temps de travail effectif est « *le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles* » (art. L. 3121-1 C. trav.). Cette définition a été permise par un changement de perspective, l'attention étant portée non sur la recherche d'une effectivité du travail, au demeurant indéfinissable, mais sur l'entrave que l'organisation apporte à l'autonomie de la personne du salarié (41). De l'étendue de l'autonomie dont dispose le salarié, rapportée aux deux éléments d'appréciation que sont la mise à disposition et la liberté de vaquer à ses occupations personnelles, découle la qualification du temps. Se déclinent ainsi différents degrés d'entrave, justifiant les nuances légales et jurisprudentielles dans la qualification des temps entre les deux pôles que constituent le temps de travail effectif et le temps de repos.

La question de la qualification de l'astreinte illustre cette gradation. Lorsque l'entrave apportée à l'autonomie du salarié consiste en l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité en vue de répondre à un appel éventuel pour effectuer un travail, le salarié ne se trouve pas à la disposition « immédiate et permanente » de l'employeur mais ne peut pour autant vaquer librement à ses occupations personnelles. De sorte que la période est, aux yeux de la Cour de cassation et du législateur (42), ni du temps de travail effectif, ni du temps de repos (43). Dès lors qu'il est admis que l'entrave puisse être

passible de degrés justifiant des qualifications « intermédiaires », c'est en définitive la reconnaissance d'un temps contraint autorisant une certaine altération de l'autonomie du salarié qui conduit à dissocier le temps de la subordination du temps de travail décompté et rémunéré comme temps de travail effectif. Si on peut ne pas être convaincu par la lecture législative et jurisprudentielle de cette qualification du temps rapportée à l'autonomie du salarié (44), cette manière d'appréhender la qualification des temps de travail a le mérite de souligner que la question du temps de travail est indissociable de l'organisation déterminée par l'employeur. Elle souligne également que davantage que le temps de travail effectif, au sens de cette qualification légale précise, c'est davantage à l'aune de l'amplitude et de l'agencement des temps que devraient être pensées les limites légales et conventionnelles posées à la disponibilité du travailleur.

B. L'autonomie au soutien de l'individualisation du temps de travail : le forfait

Sur le plan non plus de la qualification des temps mais sur celui de leur organisation, l'autonomie vient au soutien de l'individualisation du temps de travail. On songe ici évidemment au forfait. C'est par la reconnaissance de l'autonomie de certains travailleurs, autonomie qui serait irréductible à tout cadre collectif d'organisation et de décompte de la durée du travail, que le forfait, et en particulier le forfait en jours, a trouvé sa légitimité aux yeux du législateur et des négociateurs. Concernant un nombre de plus en plus important de salariés (45), le forfait a fait l'objet de textes successifs. La loi *Aubry II* avait encadré la notion d'autonomie susceptible de justifier le forfait en jours par l'exigence de plusieurs conditions cumulatives, de sorte qu'il appartenait aux accords collectifs de préciser la teneur objective de l'autonomie. Sur ce fondement, des juges du fond avaient annulé des accords collectifs soumettant en bloc tout ou partie des cadres à ce mode de

(41) J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts de droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} édition, p.297.

(42) Cette règle jurisprudentielle (v. notamment Cass. soc. 4 mai 1999, Bull. V, n° 187) a été consacrée par la loi *Aubry II* du 19 janvier 2000 (art. L. 3121-5 C. trav.).

(43) Le raisonnement suppose néanmoins l'adjonction des adjectifs « permanente et immédiate » à la mise à disposition...

(44) Par une combinaison de la définition légale du temps de travail effectif et d'autres dispositions particulières, telle celle relative au temps de déplacement (art. L. 3121-4 C. trav.), la question de la qualification des temps alimente un contentieux qui témoigne d'une vision législative et jurisprudentielle pour le moins stricte du temps de travail effectif. Celle-ci conduit à exclure de la qualification de temps de travail effectif des temps qui n'en sont pas moins des temps où le salarié demeure dans un espace de contrainte. L'interprétation retenue, par exemple dans des hypothèses de qualification du temps de déplacement entre le dépôt d'une

société et le lieu d'exécution du travail (Cass. soc. 26 mars 2008, RDT 6/2008 p. 395, observ. M. Véricel ; Dr. Ouv. 2008 p. 498, note N. Bizot et A. Mazières) ou plus encore du temps de déplacement entre des vestiaires et des pointeuses (Cass. soc. 31 oct. 2007, RDT 1/2008 p. 42, observ. C. Vigneau ; Dr. Ouv. 2008 p. 143, note A. Johansson) apparaît éminemment discutable et pourrait être incompatible avec le droit communautaire qui, de manière binaire, oppose au temps de travail, défini comme « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions », le temps de repos.

(45) Selon les études du ministère du Travail, le forfait en jours concerne un tiers des cadres (ACEMO - Durée collective annuelle, 13 juin 2008). Parmi les salariés à temps complet, « pour 10,2 % d'entre eux (soit 8,6 % de l'ensemble des salariés), le temps de travail est décompté sous la forme d'un forfait en jours » (DARES - juin 2008 - Premières synthèses).

décompte de la durée du travail. Mais depuis, le législateur n'a eu de cesse d'élargir et d'assouplir les conditions de recours au forfait (46). Ne subsiste que le contrôle du juge sur la légalité de l'accord au regard des définitions légales (47) et sur l'application de l'accord collectif aux salariés dans l'entreprise par la vérification que le salarié relève effectivement, compte tenu de ses conditions effectives de travail, d'une des catégories visées par la convention ou l'accord collectif (48). Cette évolution législative, menée sous le sceau d'une autonomie « sacralisée », n'a pas craint de méconnaître les exigences minimales de protection du salarié contre une durée excessive du travail (49), exigences dont la justification est pourtant dans la protection du droit fondamental du travailleur à la santé (50).

C. L'autonomie de la renonciation par le salarié aux protections collectives

L'autonomie individuelle vient au soutien de la renonciation, par un salarié, aux règles de protection collective dans un domaine particulièrement sensible – celui de l'équilibre entre jours travaillés et jours de repos. Si les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année ne sont légalement soumis ni à la durée légale hebdomadaire ni aux durées maximales quotidiennes et hebdomadaires (art. L. 3121-48 C. trav.), l'accord collectif autorisant ces conventions ne peut en principe fixer un nombre de jours travaillés supérieur à 218 (art. L. 3121-44 C. trav.). Et, dans le prolongement d'un arrêt remarqué du 26 mars 2008 (51) par lequel la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que les conventions de forfait jours n'étaient valables qu'à la

condition d'avoir été prévues par un acte écrit, la loi du 20 août 2008 a consacré cette exigence d'un consentement écrit du salarié à une convention de forfait (art. L. 3121-40 C. trav.). Mais le consentement ne se borne plus à conforter ce que la loi ou un accord collectif autorise. Il est désormais également au soutien d'une renonciation au bénéfice du cadre légal et conventionnel. Dans le sillage du dispositif des « jours choisis », la loi du 20 août 2008 a en effet autorisé la renonciation individuelle aux jours de repos dans le cadre du forfait jours. Ainsi, le salarié « qui le souhaite peut, en accord avec son employeur, renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire », et ce dans la limite d'un nombre de jours travaillés fixé par l'accord collectif ou, fixé par la loi à 235 (art. L. 3121-45 C. trav.). La seule limite légale est la compatibilité entre le nombre de jours fixé et « les dispositions (...) relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire et aux jours fériés chômés dans l'entreprise, et (...) relatives aux congés payés » (art. L. 3121-45 C. trav.). Cette disposition, qui fait écho à la clause d'opt out du projet de directive sur le temps de travail (52), a suscité de vives critiques. Elle permet en effet un nombre de jours travaillés pouvant aller jusqu'à 282 jours par an (53). Or, le « souhait » d'un salarié – naïveté ou cynisme du législateur ? – n'est, dans un rapport de subordination, aucunement la garantie qu'une telle « faculté » ne sera pas, en réalité, imposée par l'employeur à certains salariés. Ce dispositif, ainsi que celui autorisant les salariés à « monétiser » des repos compensateurs de remplacement et des jours de RTT (54), vont à l'encontre de la protection de la santé

(46) Le législateur a étendu le champ des possibles, de manière infinie désormais pour les forfaits en heures sur une base hebdomadaire ou mensuelle, ouverts à tout salarié (« la durée du travail de tout salarié peut être fixée par une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois » - art. L. 3121-38 C. trav.), de manière importante pour les forfaits annuels et en particulier les forfaits en heures qui, s'agissant des non-cadres, ne sont plus réservés aux seuls salariés itinérants (art. L3121-42 et L3121-43 C. trav.).

(47) Cass. soc. 5 avril 2006, Bull. V, n° 142 : n'est pas conforme aux dispositions de la loi du 19 janvier 2000 un accord collectif d'entreprise qui a instauré un forfait en jours concernant les agents de maîtrise alors que l'article L. 212-15-3 C. trav. alors applicable réserve ce mode de décompte de la durée du travail aux seuls cadres.

(48) Cass. soc. 31 oct. 2007, RDT 2/2008 p.110, obs. M.Véricel ; Dr. Ouv. 2008 p. 146, note K. Hamoudi ; A. Bugada, Arrêt *Blue Green* : la convention de forfait sous contrôle judiciaire, Dr. Social 2008, p. 443.

(49) Sous l'empire de l'ancienne législation, le forfait en jours avait, à la suite de réclamations déposées par la CGT et la CFE-CGC, été condamné par le comité européen des droits sociaux dans deux décisions du 12 octobre et du 7 décembre 2004, entérinées par le comité des ministres du Conseil de l'Europe dans ses résolutions 2005/7 et 2005/8 du 4 mai 2005. En effet, selon le comité d'experts chargé de contrôler l'application de la Charte sociale européenne, la situation des cadres en forfait jours viole l'article 2 §1 de ce texte en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire et de l'absence

de garanties suffisantes (aux termes de ce texte : « - Droit à des conditions de travail équitables. En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les parties s'engagent : 1. à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent (...) »).

(50) Cf. considérant n° 92 de l'arrêt de la CJCE du 9 sept. 2003 : « il convient de rappeler que la directive 93/104 (sur l'ATT) a pour finalité de protéger de façon efficace la sécurité et la santé des travailleurs » (aff. C-151/02).

(51) RDT 7-8/2008 p.462, observ. M. Véricel.

(52) Dans le cadre de la révision de la directive 2003/88 sur le temps de travail, il est envisagé la faculté pour un salarié d'accepter de déroger à la durée maximale hebdomadaire de 48 h pour travailler jusqu'à 60 h, voir 65 h en cas de garde.

(53) 52 jours de repos hebdomadaires, 30 jours de congés payés et 1^{er} mai, seul jour férié légalement chômé.

(54) Loi du 8 févr. 2008. Encore que la distinction entre jours de congés payés et jours de RTT, ces derniers étant définis par la Cour de cassation comme une « contrepartie des heures de travail exécutés en sus de l'horaire légal ou de l'horaire convenu » et n'ayant donc ni la même cause, ni le même objet que les congés payés, pourrait justifier que la « monétisation » des jours de RTT ne porte pas atteinte au droit au repos (Cass. AP. 24 oct. 2008, RDT 1/2009, p. 43, observ. M. Véricel).

qu'assure l'obligation de périodes de repos. Ils apparaissent en contradiction avec l'interprétation de la directive 93/104 du 23 novembre 1993 sur l'aménagement du temps de travail retenue par la Cour de justice des communautés européennes (55). On sait en effet que celle-ci considère le droit au repos comme « un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière » (56). De sorte qu'elle juge contraire au droit communautaire des dispositions autorisant le remplacement de la période minimale de congés payés annuels par une indemnité afin de garantir la prise effective des congés par le salarié, et ce dans le but de protéger sa santé (57).

Il y a dix ans, on pouvait lire dans le rapport Supiot sur les transformations du travail en Europe : « le nouveau principe directeur en matière de temps de travail est

l'autoréglementation du temps, autoréglementation de la branche, de l'entreprise ou de l'établissement, du collectif de travail et, au bout du compte, de l'individu lui-même devenu maître de l'organisation de son temps pourvu qu'il se soumette aux objectifs fixés par son employeur » (58). Les évolutions ici retracées illustrent ce mouvement, mouvement qui impose de redécouvrir les principes autour desquels s'ordonne le temps de travail. C'est peut-être le droit au repos – dont découle la limitation des périodes maximales de travail, les périodes de repos journalier et hebdomadaire et la période annuelle de congés payés – garant de la protection du droit à la santé et la sécurité mais aussi lié au respect du droit à une vie familiale normale – qui fait figure de règle cardinale (59).

Manuela Grévy

(55) En ce sens, M. Véricel, art. préc., RDT 10/2008, sp. pp. 580-581.

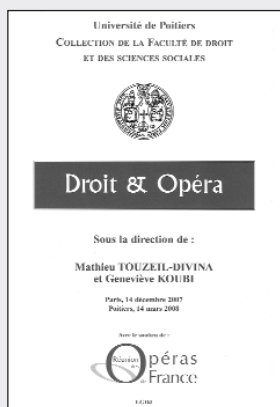
(56) CJCE 26 juin 2001, RJS 10/01 n° 1232.

(57) CJCE 16 mars 2006, RDT 2007 p. 43 observ. M. Véricel ; v. aussi CJCE 26 juin 2001, RJS 10/01 n° 1232 préc. : la Cour écarte la faculté de subordonner le droit aux congés payés à une condition de durée minimale de travail qui a pour effet

d'exclure certains travailleurs du bénéfice de ce dernier ; v. aussi CJCE 6 avril 2006, RDT 7 - 8/2006 p. 130, note N. Moizard.

(58) A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi, transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999.

(59) Sur l'apport du droit communautaire à la reconnaissance du droit au repos, cf. S. Robin et P. Lokiec, RDT 7-8/2006 p. 124.



Droit et opéra

ouvrage collectif, G. Koubi et M. Touzeil-Divina (dir.)

Actes des colloques des 14 décembre 2007 (Paris) et 14 mars 2008 (Poitiers)

- I. Le droit pour l'opéra (L'institution juridique de l'opéra / L'accès au service public opéra)
L'opéra... dans le droit ?
- II. Le droit dans l'opéra (Le droit à travers l'opéra / Le droit vu d'un opéra),
- III. Le droit par l'opéra (Le droit d'expression à travers l'opéra / Les droits de propriété intellectuelle à l'opéra)

www.droitetopera.com

LGDJ / Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers
ISBN : 978-2-275-02800-2 - 392 pages - nov. 2008 - 33 euros



RPDS n° 767 - Mars 2009

NUMÉRO SPÉCIAL :

Le CHSCT

Le guide juridique et pratique pour la mise en place et le fonctionnement des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

- Toute la réglementation à jour avec les nouveaux articles du code du travail
- Les apports de la jurisprudence récente

Pour les lecteurs non abonnés à la RPDS, il peut être commandé à :

NSA La Vie Ouvrière, BP 88, 27190 Conches-en-Ouche

Prix du numéro : **6,80 € (+ forfait de 3 € par envoi).**

Abonnement : **71 € par an à NSA La Vie Ouvrière, BP n° 50119, 92244 Malakoff cedex.**

Commandes et abonnement en ligne sur notre site Internet : **www.librairie-nvo.com**

L'arrêt ci-dessus, comme celui du 19 novembre 2008 (3) allège un peu la charge des syndicats lorsqu'il s'agit du remplacement d'un délégué syndical existant dans un cadre qui n'a pas été contesté. Dans ce cas, l'employeur ne peut se prévaloir d'une incertitude quand le cadre de la désignation n'est pas précisé (entreprise, établissement distinct, unité économique et sociale...).

On relèvera la difficulté pour un syndicat d'avoir à soutenir de telles procédures même si la décision des tribunaux d'instance n'est pas (encore ?) susceptible d'appel.

Toujours est-il que, dans les autres cas de désignation les organisations syndicales devront veiller à toujours préciser dans les lettres de désignation les destinations, le cadre (le périmètre), la qualification exacte du délégué c'est-à-dire s'il est délégué syndical d'entreprise ou d'établissement, délégué syndical pour l'UES – et la composition de l'UES, avec dans ce cas, éventuellement aussi, un délégué syndical central d'UES et des délégués syndicaux d'établissement constitués par chacune des entités de l'UES.

Rappelons que la désignation d'un délégué syndical au niveau de l'entreprise quand celle-ci est constituée de plusieurs établissements va paralyser la désignation de délégués syndicaux d'établissement, sauf à opérer par la suite le remplacement de ce délégué syndical qui pourra, lui, être désigné délégué syndical central ; et que, dans les établissements distincts, il soit procédé à la désignation de délégués syndicaux d'établissement. Ce qui était le cas pour une UES non encore reconnue dans l'arrêt du 19 novembre 2008 précité. Toutefois, un arrêt récent apporte une précision (4) : il est toujours possible de désigner un délégué syndical pour le périmètre d'une UES avant que celle-ci ne fasse l'objet d'une reconnaissance par voie judiciaire ou conventionnelle. Cela évite la plupart du temps aux syndicats d'avoir à faire ces démarches préalables et c'est alors aux employeurs concernés qui veulent contester cette désignation de démontrer que les conditions d'existence de l'UES ne sont pas réunies. Pour autant, indique cet arrêt, le défaut de contestation de cette désignation ne vaut pas reconnaissance (implicite) de l'UES pour la mise en place ultérieure des IRP dans ce cadre.

Alors, en outre, tout cela exige que les organisations syndicales affiliées à une même confédération se coordonnent, souvent à plusieurs niveaux professionnels et géographiques, dès qu'une « entreprise » n'est pas de manière certaine constituée d'un seul établissement.

Pour ce seul mandat de délégué syndical, il faudrait probablement une bonne douzaine de modèles de lettre (5), mais ce contentieux stérile pourrait être beaucoup découragé si la mauvaise foi ou les recours abusifs des employeurs étaient sévèrement sanctionnés. Pour cela, les organisations syndicales très souvent défenderesses et leurs avocats pourraient assortir leurs réponses de demandes reconventionnelles indemnitaires dissuasives, même si cette procédure de contentieux électoral est pour le moment gratuite, dispensée du ministère d'avocat et d'avocat au Conseil en cas de pourvoi.

Pascal Rennes

(3) Pourvoi n° 08-60392, RJS 2009, n° 187.

(4) Soc. 4 mars 2009, Bull., p. n°08-60.497.

(5) R. Olivier, *La désignation des délégués syndicaux - aspects contentieux*, éd. Litec 2007.

ERRATUM

Dans l'article de Manuela Grévy "Où en est le temps de travail ?" dans le numéro d'avril p. 192, le titre II C a été malencontreusement tronqué ; il faut lire :

"L'autonomie individuelle au soutien de la renonciation par le salarié aux protections collectives"

Nous présentons toutes nos excuses à l'auteur ainsi qu'à nos lecteurs.